A suspensão condicional da pena no direito brasileiro.

Henny Goulart

Livre Docente de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: I — O fracasso da pena privativa de liberdade. II — Penas de curta duração. III — "Sursis" e "Probation". IV — Nova colocação doutrinária da "Probation". V — O "sursis" no Direito Brasileiro.

1. *O FRACASSO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.*

Os malefícios da pena privativa da liberdade têm sido largamente ressaltados pela doutrina em geral, aceitando-se hoje, de forma praticamente unânime, o malôgro desse tipo de pena, como meio reformulador do delinqüente. A cogitação de sistemas diversos e as modificações sofridas por estes no correr dos tempos, embora tenham representado realizações de relêvo para a época em que foram instituidos e notável avanço em relação aos primitivos e desumanos calabouços, não concretizaram as esperanças de correção dos condenados, provando a longa experiência que esse tipo de sanção ajudou muito pouco o ser humano em sua persistente luta contra o crime.

Modernamente, prevalece a idéia de que não é possível ao condenado prover-se das aptidões necessárias ao convívio social, impondo-se-lhe um isolamento anti-natural, que supõe perda das suas atividades normais, submissão aos regulamentos que lhe trazem numerosas restrições, impedimento de continuar tomando suas próprias decisões, tudo levando-o à forma mais simples de vida, num automatismo que, sem

dúvida, só pode repercutir de forma negativa em seu psiquismo, tornando-o ainda mais anti-social, o que traz sempre deploráveis conseqüências para o próprio homem e para a sociedade.

A maior parte dos penalistas acredita que a prisão fracassou em seus objetivos, classificando a pena privativa de liberdade como absurda e sem qualquer significação, por não proporcionar uma existência racional e normal ao condenado, motivo pelo qual acaba ele por sofrer uma espécie de despersonalização, sempre desastrosa à sua vida futura. Também os congressos internacionais, desde o realizado em Paris em 1950, vem opinando no mesmo sentido.

Realmente, como afirma BARRY M. FOX, as prisões são instituições brutais. A experiência da prisão padrão inclui a privação de qualquer contato social e vida sexual normal. Ademais, para a grande maioria dos prisioneiros impera a indolência forçada, não aliviada pela instrução nem pelo trabalho. Para os mais jovens há sempre a probabilidade de sofrerem violências dos mais experimentados, por não se afinarem com as normas de atuação dos grupos predominantes, além da certeza de imposta associações íntima com os piores infratores. E não se pode ignorar que, em muitas prisões, as flagelações e a solitária ainda constituem os instrumentos disciplinadores fundamentais.

Dessa forma, o aspecto vingativo da servidão criminal ainda predomina. O condenado que é, assim, brutalizado durante anos de vida penitenciária não sai como um penitente mas retorna à sociedade como reincidente potencial. O sistema da pena privativa de liberdade tem sido justificado especialmente por ser menos oneroso, a curto prazo, do que qualquer alternativa institucional inteligente; porque serve, de fato, para proteger a sociedade do delinquente durante o período exato do seu encarceramento; e porque enfatiza os padrões inaceitáveis do comportamento, pretendendo-se, com isso, impedir tal conduta em outros membros da sociedade. Na verdade, o que tem sido provado é que barras de ferro, por si só, não curam criminosos, as penitenciárias não produzem penitentes e o mais importante produto das prisões tem sido o crime [1].

Estes e outros motivos fazem com que os penalistas olhem com ceticismo a eficácia das penas privativas de liberdade, procurando influir para que os legisladores as reduza ao mínimo, propondo sejam substi-

1. *The first amendment rights of prisoners, in* The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, n.º 2, Junho de 1972.

tuidas por outras sanções, sobretudo as econômicas, ou os tratamentos em regime de liberdade, com imposição sempre mais ampla dos chamados substitutivos penais, enquanto não fôr possível erradicá-las por completo.

2. *PENAS DE CURTA DURAÇÃO.*

O entendimento, com referência ao problema, é ainda mais rigoroso quando se trata de pena privativa de liberdade de curta duração, na qual não se vê meio reformador do delinqüente, pois o pequeno período de isolamento não é suficiente siquer para o estudo do condenado e fixação e desenvolvimento de qualquer plano de reabilitação, enquanto fica, por outro lado, sujeito ao ambiente corrupto da prisão e às influências más de companheiros mais experimentados. Além disso, há quase sempre a perda do emprego, com a dificuldade aumentada atualmente de obtenção de outro quando voltar à liberdade, o que prejudicará o sustento próprio e o da família, levando-a, como tem sucedido tantas vezes, à desagregação.

O dilema das penas de curta duração, instaurado na segunda metade do século passado e ainda vivo na atualidade, foi objeto de discussão em numerosos congressos, recebendo condenação principalmente nos realizados em Roma, 1885, Washington, 1910, Haya, 1950 e Londres, em 1872, 1925 e 1960, este promovido pelas Nações Unidas. Mesmo defendida por penalistas de relêvo, como CUELLO CALON, LUCCHINI e JEAN PINATEL, entre outros, os graves inconvenientes das penas de curta duração vêm sendo assinalados e seu frequente emprego condenado pela maioria dos autores, que propugnam pela sua supressão ou aplicação limitada e, principalmente, pela sua substituição por outras medidas, entre as quais se destacam o "sursis" e a "probation", doutrinação essa que ocasionou ou reforçou os movimentos de opinião em numerosos países tendentes à sua eliminação.

PAUL CUCHE, já no início deste século, assinalando a dificuldade de se estabelecer qual o verdadeiro alcance da expressão "breve pena detentiva", entendia que era a de duração demasiadamente restrita para permitir a eficaz aplicação ao detento de uma disciplina moralizadora ou readaptativa. E MOLINARIO, anos mais tarde, pondo em relevo que é

necessário ter em vista a atuação das instituições jurídicas existentes para se verificar se os fins visados pelo legislador podem e estão sendo realizados, frizava que, quando a finalidade procurada é a readaptação social do delinquente, as penas de curta duração, por sua própria exígua duração, não oferecem nenhuma vantagem, trazendo somente gravíssimos inconvenientes [2].

3. *"SURSIS" E "PROBATION".*

O "sursis à l'éxecution de la peine", instituido no fim do século passado, mais precisamente na Bélgica, pela Lei Lejeune de 1888, e na França, pela Lei Bérenger de 1891, mereceu a preferência dos países latinos. A condenação condicional, suspensão condicional da pena, ou simplesmente "surss", atinge a execução da pena, que é suspensa quando se verificam determinados pressupostos legais, impondo-se ao beneficiário condições já fixadas nos códigos ou especificadas em cada caso pelo juiz ou tribunal. Se o prazo estabelecido decorre sem violação dessas condições, a pena privativa de liberdade não é executada, prevalecendo, todavia, na generalidade das legislações que adotaram o sistema belgo-francês ou continental, a condenação para todos os efeitos, o que traz a consequência maior do reconhecimento da reincidência no tocante à novo crime.

Por sua vez, a "probation", já assinalada na Inglaterra no "Summary Jurisdiction Act" de 1879, depois regulamentada pelo "Probation of Offenders Act" de 1907 e "Criminal Justice Act" de 1948, já era empregada nos Estados Unidos desde 1884, sendo ordenada por lei federal de 1910 e novamente regulamentada em 1922, estendendo-se a todos os Estados americanos. Nessa forma, a condenação é diretamente atingida e geralmente não chega a ser pronunciada [3].

---

2. *Traité de Science et de Législation Pénitentiaire,* Lib. Gen. de Droit, Paris, 1905, p. 173; *Las penas privativas de la libertad de corta duración, in* Rev. Penal y Penitenciaria, n.º 19, Jan./Março/1941.
3. Seg. F. Lowell Bixby, *La probation aux Etats-Unis,* Révue de Droit Pénal et de Criminologie, 1964, alguns Estados americanos adotam o sistema de suspensão da execução, outros não pronunciam a condenação, havendo, ainda, Estados que aplicam as duas fórmulas. Na Inglaterra, todavia, a "probation" é aplicada, uma vez levantada a culpabilidade, sem pronunciamento de condenação.

Concebida, como diz CHARLES GERMAIN, para substituir a prisão em alguns casos nos quais, uma vez estabelecida a culpabilidade do agente, o tribunal era levado, por várias considerações, a evitar a condenação [4], pode-se afirmar atualmente que os benéficos resultados obtidos elevaram o conceito do instituto, justificando sua aplicação sempre em mais ampla escala, a ponto de ser reclamado pela doutrina em geral como o melhor substitutivo das penas de curta duração, possibilitando perfeita individualização judicial, em detrimento do "sursis".

A finalidade precípua da adoção da "probation", afirma ALIPIO SILVEIRA não é, na verdade, resolver ou atenuar o problema da superpopulação presidiária. O seu fim principal é a política de recuperação, evitando o envio à prisão de pessoas para as quais esta seria contraproducente. Indiretamente, todavia, contribuirá para aliviar aquele problema. E citando TREVOR GIBBENS, acrescenta: A "probation" tem certas vantagens que lhe são inerentes, permitindo ao beneficiado continuar a viver em sua casa, em contato com a familia, prosseguir em seu trabalho, possibilitando-lhe, igualmente, pagar uma compensação à vítima. Além disso, é mais oneroso ao Estado manter um delinqüente improdutivo na prisão do que o gasto com o assistente social, que pode supervisionar, simultaneamente, muitos beneficiados [5].

Essa declarada preferência pela adoção da "probation" ocorreu, sem dúvida, em razão dos característicos essenciais do instituto, que compreende não só a vigilância ou supervisão, mas também a imposição de um tratamento reeducador ao delinqüente considerado culpado, tarefas confiadas a elemento especializado, o "probation officer" ou "social caseworker", isto é, ao agente ou assistente de prova, o que não ocorre em relação ao "sursis".

Cabe ao agente de prova aconselhar e ajudar o beneficiado, realilizando, segundo EDUARDO CORREIA, uma ação pedagógica ou social não institucional, mas fora e independentemente dos estabelecimentos prisionais. Este tratamento deve ser individual, levado a cabo no âmbito normal da vida social e por isso, se opõe e distingue da prisão e das

---

4. *O tratamento penal em liberdade no direito francês*, trad. de Alípio Silveira, Rev. "Justitia", vol. 74, p. 91 e sgs.
5. *O "sursis" em regime de prova — Terapêutica penal sem prisão*, Ed. Universitária de Direito Ltda., S.P., 1975, p. 10 e 12.

suas formas de execução, mesmo as mais abertas e flexíveis. Dai porque essa assistência deve ser obrigatória, supondo um organismo oficial que a exerça, pois a assistência dos particulares e de associações privadas, muito embora possa ser utilizada por esses organismos oficiais, é considerada insuficiente para, isoladamente, permitir um funcionamento eficaz do regime de prova [6]

Verifica-se, assim, de imediato, as vantagens do sistema da "probation", pelo contrôle da conduta do beneficiado e, principalmente, pela assistência efetiva que lhe é dispensada durante todo o período da prova, o que lhe traz a real possibilidade de, livrando-se dos malefícios do ambiente carcerário, cumprir as condições impostas, reabilitando-se legal e moralmente frente à comunidade social, sem permanecer com a pecha de condenado. E além do sentido altamente social e humano do tratamento, o aspecto econômico é positivamente valorado pela redução relevante do custo relativo à manutenção de condenados na prisão.

4. *NOVA COLOCAÇÃO DOUTRINÁRIA DA "PROBATION".*

Esse tratamento em liberdade, destacado como aspecto positivo da "probation", especialmente pelos autores americanos e ingleses, mesmo com as restrições à livre atuação do beneficiado decorrentes da vigilância e zelo do agente de prova, tem sido considerado como nova forma de reação contra o crime, ajudando o delinqüente a não reincidir [7]

Com efeito, a "probation", de simples ausência de pena, passou a apresentar-se com o caráter de sanção autônoma, imposta com finalidade reeducativa e não com a idéia de punir, atendendo, dessa forma, aos reclamos da moderna doutrina com referência à finalidade da pena. E este novo sentido que se inseriu ao instituto, de verdadeiro tratamento criminológico, vem exigindo que as condições para a concessão do benefício não sejam determinadas pela lei, mas escolhidas pelo próprio

---

6. *Direito Criminal,* Liv. Almedina, Coimbra, 1968, vol. II, p. 401/402.
7. L. Lowell Bixby, art. cit.; S. C. F. Farmer, *Le sisteme de probation au Royaume Uni,* Révue de Droit Pénal et de Criminologie, 1964; Ruperto Nunez Barbero, *La concepcion actual de la suspension condicional de la pena y los modernos sistemas de prueba,* Rev. Estudios Penitenciarios, n.º 187, Out/Dez/1969.

magistrado ou por comissões especiais, com base, em qualquer caso, nos resultados do prévio exame médico-psicológico e da pesquisa social, para levantamento o mais completo possível da personalidade do agente.

Releva notar que o aperfeiçoamento do sistema da "probation" deverá trazer a substituição do juiz singular pelo órgão colegiado, integrado pelo magistrado, além do sociólogo e psicólogo e coadjuvado pelos respectivos serviços auxiliares, órgão com poderes para decidir sobre o tratamento a ser aplicado, cessação ou prorrogação da assistência e revogação do benefício. O momento processual para a obtenção dos elementos médico-psico-social, que constituirá, sem dúvida, o trabalho mais importante desse organismo, deverá ser declarado pela lei, considerando a necessidade dos exames serem corretamente efetivados mas sem demora excessiva e exigindo-se, sobretudo, o maior respeito à pessoa do examinando.

Nos Estados americanos, as condições para que o benefício seja efetivado costumam ssr fixadas, em forma conjunta, pelo legislador, tribunal e o serviço ou departamento da "probation". Na Inglaterra, a concessão da "probation" inclui condições de ordem geral integrantes, em qualquer hipótese, do instituto, e condições particulares ou especiais, que variam segundo as circunstâncias de cada caso e, sobretudo, de cada indivíduo, sendo impostas de acordo com a apreciação feita pelo tribunal. O direito francês também estabelece medidas de ordem geral e particular, mas não deverão ser recolhidas dentre as previstas na lei, não podendo o juiz ampliá-las ou modificá-las. A solução na Bélgica e Suiça é deixada à apreciação do juiz, considerando as circunstâncias particulares de cada caso.

Tanto uma como outra dessas orientações tem merecido críticas: se a "probation" implica um tratamento, não há lógica em que o texto legal fixe, de antemão, as condições que deverão ser impostas; por outro lado, a falta de determinação dessas regras pode conduzir ao desmedido arbítrio judicial. Todavia, esta afirmação tem sido considerada um tanto exagerada, pois, como diz PAUL CORNIL, a liberdade concedida ao juiz limita-se ao campo da aplicação da pena ou de sua substituição, no qual é preciso confiar na prudência do magistrado [8]

8. *Sursis et probation,* Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, 1965, p. 65 e sgs.

De qualquer modo, a nova colocação doutrinária da "probation" teria, inevitavelmente, de chamar a atenção para as vantagens que a aplicação do instituto vem proporcionando, no sentido de melhor individualização judicial e executória, de recuperação mais rápida de maior número de infratores, além do decréscimo da taxa de reincidência, e mostrar a necessidade de introduzir nas legislações que acolheram e continuaram mantendo o sistema belgo-francês pelo menos aquelas medidas de supervisão e assistência reeducativa, possibilitando-se a integração dos elementos essenciais da "probation" no sistema continental, sem que este fosse despojado das suas caracteríticas principais, como acentuado por MARC ANCEL [9]

Foi a solução adotada pela França a partir de 1958, ao acolher no seu Código de Processo Penal, art. 738 e seguintes, o "sursis avec mise a l'épreuve", ou sursis em regime de prova, que passou a vigorar juntamente com o "sursis" tradicional. Embora a nova fórmula seja aplicada pelo juiz ou tribunal somente por via do "sursis", portanto após a condenação, enquanto a "probation", com maior independência, requer apenas o levantamento da culpabilidade do agente e sua aceitação à prova, o beneficiado, colocado em liberdade, fica pelo novo sistema sob a supervisão e proteção do agente de prova, enquadrado em um regime de tratamento condizente com suas reais deficiências ou necessidades, por via do qual receberá efetivamente a ajuda que necessite.

ALIPIO SILVEIRA, citando LEAUTÉ, faz referência a uma terceira forma, criada por lei de 17-7-1970, instituindo o "sursis parcial", impondo uma permanência mais ou menos curta na prisão, com a concessão posterior do benefício, o que alarga as possibilidades de individualização judicial, pois o juiz pode escolher entre o "sursis" simples, o parcial e o "sursis" em regime de prova [10].

Quanto a este último, há uma integração no seu âmbito dos elementos de maior valía da "probation", isto é, a vigilância e o tratamento, que o valoriza extraordinariamente, não só pelo que pode representar na mais rápida e efetiva recuperação do delinquente, como pela ampliação do seu campo, podendo ser aplicado também aos reincidentes que não apresentem maior periculosidade, evitando que se encaminhem para a habitualidade, pois a recaida ou permanência no delito é geral-

9. *Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1953.
10. trab. cit., p. 15.

mente conseqüência da falta de contrôle e proteção material e moral adequados, quando o beneficiado, com a liberdade, é deficientemente assistido ou totalmente deixado à sua própria sorte.

Essa fórmula, com pequenas alterações, foi acolhida também por outras legislações, como a belga, a suiça e a alemã, mostrando que, embora não aceita em toda sua estrutura própria, a "probation" vem ganhando terreno e conseguindo se infiltrar, por via do "sursis", nos códigos penais.

Pode parecer que a aceitação cada vez maior da "probation" acabará por suprimir o "sursis" do tipo belgo-francês tradicional. Isto não é, todavia, exato segundo a opinião de EDUARDO CORREIA, ao afirmar que, em muitos casos, a suspensão da pena fixada, sem a vigilância e assistência que constituem a espinhal medula da "probation", poderá conseguir afastar delinqüentes do caminso da reincidência, pois a ameaça da pena será motivo inibitório suficiente para que se abstenham da prática de novos crimes. Na maioria dos casos, porém, a supervisão oficial será necessária para levar a cabo a obra de recuperação [11].

E não será demais realçar que o problema da assistência deverá ocupar, especialmente, a atenção das autoridades competentes, no sentido de ser inteligentemente planejada e concretamente realizada, não com o significado de simples beneficiência, que tantas vezes representa para quem a recebe mais humilhação que real ajuda, mas sim como assistência verdadeira, traduzindo uma intervenção digna, cuja finalidade seja, precipuamente, inserir ou recolocar o beneficiado na comunidade social, dando-lhe oportunidade de reafirmar-se, de reabilitar-se e prosseguir, depois, como elemento útil e harmonioso na coletividade.

Por outro lado, a influência da "probation" ainda tem se feito sentir em outro aspecto, mesmo quando empregada por via do "sursis", em regime de prova, como uma terceira via ou espécie, no sentido de que, transcorrido o prazo da prova sem revogação, não só a dispensa da execução da pena se torna definitiva como, indo mais longe, algumas legislações têm estabelecido que, nesse caso, a condenação será considerada como não pronunciada, a fim de que o agente, que procurou emendar-se, que perseverou na boa conduta, não fraudando a confiança nele

11. *op. cit.*, p. 404.

depositada pelo juiz, aproveitando quanto possível o reforço às suas possibilidades representado pela compreensão e dedicação do agente de prova, não figure como reincidente em eventual denúncia posterior. Esta orientação é seguida pelo direito francês (art. 735 do Cód. de Proc. Penal) e pelo direito suiço, no qual o juiz ordena o cancelamento da sentença no registro judicial (C.P art. 41). Idêntica orientação foi adotada até por legislações que acolherem o simples "sursis", como por exemplo o Código Argentino, estabelecendo que a condenação se terá como não pronunciada se o condenado não comete novo crime no prazo de quatro anos (art. 27); o Código Colombiano, ao considerar a condenação extinta definitivamente se o condenado cumpre bem o período de prova (art. 83); e o Código Português, estatuindo que, nas mesmas condições, a sentença deverá ser considerada de nenhum efeito (art. 89)

5. *O "SURSIS" NO DIREITO BRASILEIRO.*

No Brasil, o Código Criminal de 1830, e o Código Penal de 1890, não cogitaram do instituto. Somente em 1924 é que o decreto n.º 16.588 introduzia na legislação brasileira "a condenação condicional em matéria penal", acolhendo as linhas gerais do sistema belgo-francês.

O projeto Sá Pereira adotou o instituto com a designação de "suspensão da execução", enquanto o projeto Alcântara Machado falou em "condenação de execução condicional".

O Código Penal de 1940 dispôs a matéria sob a denominação de "suspensão condicional da pena" nos arts. 57 a 59, beneficiando o condenado primário à pena de detenção não superior a dois anos, ou, na hipótese de reclusão pelo mesmo período, quando o réu é menor de 21 ou maior de 70 anos, e os elementos colhidos no processo sejam de molde a fazer presumir que não haverá reincidência. Assim, o juiz profere a condenação, ordenando, ao mesmo tempo, a suspensão da execução da pena, por prazo entre dois a seis anos. Cumprido o prazo fixado, sem motivos para revogação, não mais se executará a pena privativa de liberdade imposta.

Comentando a legislação brasileira neste tópico, CHARLES GERMAIN entende que "o art. 58 contém um começo de "probation", no sentido de dar ao juiz tribunal poderes discricionários na escolha das obriga-

ções que podem ser impostas ao condenado", acentuando que "o código de processo penal francês assumiu, neste ponto, posição diametralmente oposta, ao encerrar a faculdade de apreciação dos tribunais em limites estreitos e precisos" [12]

Na realidade, este leve traço da "probation" anotado nada tem significado na longa experiência de mais de trinta anos de vigência do código brasileiro de 1940, primeiro porque os "poderes discricionários" concedidos ao magistrado não podem ser devidamente utilizados por falta do "boletim de personalidade" do réu, pois somente de posse dos informes médico-sociais, poderia o julgador selecionar condições ou obrigações realmente condizentes com aquele paciente e não outro qualquer; e depois porque, embora procurando subtrair os condenados até dois anos ao ambiente corrupto das nossas prisões, não se preocupou o legislador, mediante norma expressa, de impor-lhes o contrôle e assistência durante o prazo estabelecido para a suspensão, promovendo meios de atendê-los, efetivamente relacionados às suas necessidades, a fim de que, estimulados e amparados por pessoal competente, pudessem vencer as dificuldades das condições prescritas sem voltar ao delito. E quando por falta dessa ajuda o beneficiado reincide — o que ocorre na grande maioria dos casos — a pena pronunciada é ativada, além da condenação pelo novo crime que importa pena mais onerosa, conseqüências que o farão permanecer muito mais tempo na prisão, cujos malefícios se procurou, inicialmente, afastar, com a concessão do benefício. E ainda quando consegue, pelas próprias forças e meios, passar incólume pela prova, perde a qualidade de primário.

O Código Penal de 1969, com as modificações trazidas pela lei 6.016, de 31 de Dezembro de 1973, calcadas, em grande parte, no chamado "projeto paulista" [13], apresentado ao Ministério da Justiça em 1972, procurou sistematizar a matéria com vistas à doutrina e legislações modernas, estabelecendo no § 1.º do art. 70 que a suspensão condicional da pena poderá ser simples ou mediante regime de prova, aplicando-se a primeira ao condenado de nenhuma periculosidade e a segunda ao de escassa periculosidade.

---

12. *art. cit.*, p. 91 e segs.
13. Projeto elaborado pelos promotores Antonio Carlos Penteado de Moraes e Francisco Papaterra Limongi Neto e pelos juízes do Tribunal de Alçada Criminal José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, José Rubens Prestes Barra e Manoel Pedro Pimentel.

É, sem dúvida, a tentativa de introdução da "probation" por via do "sursis", aquela terceira via ou espécie já referida, isto é, a aceitação de alguns dos elementos da "probation", embora mantendo os traços fundamentais do "sursis", que também poderá ser aplicado em sua fórmula simples, dependendo a escolha da periculosidade apresentada pelo réu: se acentuada, não caberá o benefício; se escassa, poderá obter a suspensão mediante regime de prova; e se nenhuma periculosidade apresentar, será beneficiado com a suspensão simples, sem especiais condições.

Verifica-se, desse modo, que o ponto fundamental para a eleição de uma das fórmulas adotadas, repousa na apuração do grau de periculosidade do agente que o juiz deverá fazer considerando os elementos constantes do processo, pois o Código não impõe ou exige qualquer perícia ou levantamento médico-social, o que significa apuração deficiente.

Por outro lado, o art. 71 autoriza o magistrado a especificar as obrigações e proibições a que ficará sujeito o condenado em regime de prova, enquanto o projeto paulista, não aceito neste ponto, estipulava as que poderiam ser impostas: exercer a atividade laborativa; frequentar curso de formação profissional; sujeitar-se a recolhimento noturno ou albergue; receber medidas de fiscalização, tratamento ou cuidados médicos; submeter-se a processo de desintoxicação; atender aos encargos de família; reparar o dano resultante do crime; não dirigir veículos; não frequentar determinados lugares, não se exceder em bebidas alcoólicas; não mudar de residência sem comunicação à autoridade competente — dando, ainda, ao juiz a possibilidade de estabelecer, a qualquer tempo, outras condições exigidas ou aconselhadas pela situação do condenado.

Na realidade, o maior arbítrio concedido ao julgador neste particular deve relacionar-se com a imposição do levantamento da personalidade global do réu, pelo qual se pode aferir a periculosidade, quando então seria possível àqnele, com maior conhecimento e certeza, selecionar obrigações adequadas a cada caso. No Brasil, exames e pesquisas, com essa finalidade, não são praticados, nem durante o processo e nem após a condenação, à exceção dos que são realizados, em pequena faixa de condenados, pelo Instituto de Biotipologia Criminal de São Paulo e Serviço de Biopsicologia da Guanabara. Temos, assim, que relativamente à escolha das condições, como já vem ocorrendo em toda a longa vigência do atual Código, as falhas continuarão a ser visiveis na maioria dos casos.

O mesmo art. 71 ainda impõe que o cumprimento da prova será fiscalizado, quando possível, por pessoal especializado. Dessa forma, não foi também neste ponto acolhida a sugestão do projeto paulista, que estatuia um corpo de agentes destinado a assistir os beneficiados pela suspensão da pena em regime de prova e estipulava suas atribuições, estabelecendo, ainda, que enquanto não fossem criados os cargos respepctivos, poderia o juiz designar pessoas idôneas para desempenhar a função, sem ônus para os cofres públicos.

Não exigiu, portanto, o novo Código que o beneficiado seja assistido e amparado, moral e materialmente e ao fixar esta posição relegou a característica fundamental da "probation", estruturada, atualmente, como tratamento criminológico. Em outras palavras: impondo que a sentença especifique obrigações e proibições, tarefa que o juiz deverá cumprir sem o apoio do "boletim de personalidade" do agente, embora deva assinalar o grau de periculosidade deste, a nova lei não oferece ao beneficiado qualquer possibilidade concreta de satisfazer tais imposições, por via do apoio e ajuda do agente de prova e dos meios necessários postos à disposição deste, exigindo, todavia, o contrôle ou fiscalização do beneficiado a ver se cumpre as condições estabelecidas.

O Código fala em "pessoal especializado, se possível". Isto evidentemente não será possível a curto prazo, pois até hoje o setor de preparação do pessoal penitenciário, no qual se inclui o agente de prova ou assistente social qualificado, não mereceu a devida atenção em nosso meio [14]. A consequência será a fiscalização pela polícia, com todos os defeitos e perigos há muito assinalados, ou nehuma supervisão.

Assim, as restrições feitas pelo legislador de 1969, não aproveitando devidamente a oportunidade que se lhe oferecia de melhor sistematização do instituto do "sursis" entre nós, aliada à falta de estrutura administrativa-judicial adequada, virá truncar o ensejo da verdadeira misci-

---

14. Seg. o Prof. Cotrim Neto, coordenador do Grupo de Trabalho encarregado pelo Ministério da Justiça de estudar a reformulação do sistema penitenciário do país, a partir de 1975 passarão a funcionar em Brasília cursos de preparação técnica e científica destinados ao pessoal de serviço nos estabelecimentos penais. Serão mantidos por aquele Ministério visando a criação posterior de escola nacional e também aos estudos para a respectiva regulamentação profissional (Jornal do Advogado, S.P., Dez. de 1974). Não se falou, todavia, em pessoal especializado para fiscalizar os beneficiados pelo "sursis" e livramento condicional.

genação do "sursis" com a "probation", lembrada por FREDERICO MARQUES como providência de grande alcance [15], com a perda dos benefícios respectivos já experimentados há muito em outros países.

Realmente, o legislador de 1969 tentou aliar a "probation" ao "sursis", não o conseguindo, porém. A condenação é pronunciada, suspendendo-se, tão-somente a execução da pena privativa da liberdade, na forma do "sursis" tradicional; o condenado pode, ocorrendo os pressupostos legais, ser colocado em regime de prova, mas não é assistido nem amparado, isto é, não se estabelece nem se cumpre qualquer tratamento, a fim de reabilitá-lo para a comunidade social. Deixado à sua própria sorte, deverá buscar meios e forças para cumprir as obrigações impostas, sob pena de revogação do benefício; e mesmo obtida esta difícil vitória, não se extingue ou desaparece a condenação. Extinta a pena, será ele considerado reincidente se vier a praticar novo crime

É verdade que o § 1.º do art. 57 do novo Código afirma que, decorrendo período de tempo superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou *extinção* da pena e o crime posterior, não se levará em conta a condenação anterior para o efeito da reincidência. Mas se considerarmos que a pena, no tocante ao "sursis" *se extingue* somente após a decorrência do prazo fixado para a suspensão, quando o benefício não tenha sido revogado (art. 73), e esse prazo se acha estipulado entre dois a seis anos (art. 70), teremos que o condenado-beneficiado aqui, deverá aguardar no mínimo sete, e no máximo onze anos, para se considerar primário juridicamente falando, na hipótese de nova infração, imposição-castigo demasiadamente severa que, em muitos casos, irá certamente colocar no mesmo plano o condenado que realmente cumpriu a pena por não merecer o benefício do "sursis" e o beneficiado pela suspensão, especialmente destacado pela lei.

Nessas condições, cremos poder afirmar que o Código de 1969 tentou a introdução da "probation" por via do "sursis", mas de forma inadequada, deixando de acolher os elementos essenciais daquela; dando maior arbítrio ao julgador na escolha das condições, não impôs, concomitantemente, como deveria, a apuração idônea e científica do grau de pe-

15. *Curso de Direito Penal,* ed. Saraiva, S. P. 1956, vol. III, p. 283.

riculosidade do agente, embora o conhecimento desse grau seja o ponto de referência básico para que o juiz decida a respeito da concessão da suspensão simples ou mediante regime de prova, ou não concessão do benefício; por outro lado, a simples fiscalização, sem assistência efetiva, não será suficiente, na maioria dos casos, para afastar o beneficiado da reincidência.

As considerações ora expendidas a respeito do "sursis" e da "probation", com especial remissão à legislação brasileira, foram objeto de "Comunicação" por nós apresentada ao V Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em São Paulo em fevereiro de 1975, no sentido de mostrar a necessidade de modificação do Código de 1969, dada a importância da matéria, os postulados da doutrina e a experiência vitoriosa em outros países. As sugestões que apresentamos, com duas modificações em decorrência dos debates havidos, foram aprovadas e são as seguintes:

1) integração dos elementos básicos da "probation" ao "sursis", isto é, a imposição de contrôle e assistência por via do agente de prova;

2) a especificação de condições básicas para a concessão do benefício, deixando-se ao arbítrio do julgador a escolha de outras que julgar necessárias, tendo em vista a apuração técnica do grau de periculosidade do agente;

3) a exigência de pessoal especializado para a fiscalização e assistência aos beneficiados, abrindo-se a oportunidade legal para criação de centros de organização e preparação desse pessoal, com a concessão simultânea de aproveitamento, desde logo, nessa missão, dos assistentes sociais efetivos, de integrantes de organizações assistenciais particulares e de voluntários, especialmente selecionados;

4) decorrido o período de prova fiscalizado e assistido, sem revogação, a condenação se terá, automaticamente, como não pronunciada para o efeito da reincidência.

Aliás, no citado Congresso muito se debateu a respeito da reincidência, matéria sempre de grande interesse, sendo que das "conclusões fi-

nais" constou como 11a: "A legislação penal proposta deverá admitir, como já o faz o vigente Código Penal Militar, a renovação do "sursis" quando a infração anterior não revelar má índole do agente" Ficaria assim redigido um dispositivo: "A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa por dois a seis anos, se o condenado não tiver sofrido condenação anterior por infração penal reveladora de má índole, for de escassa ou nenhuma periculosidade e tiver demonstrado o sincero desejo de reparar o dano".